

O Arquivamento no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público - RJ e Professor Universitário. Diretor da Revista do Ministério Público do Estado.

1. Encontra-se em fase de elaboração legislativa o Projeto de Lei do Senado de nº 156, de 2009, proveniente dos trabalhos da Comissão Mista de Juristas criada pelo requerimento de nº 227, de 2008. O Anteprojeto foi elaborado por um Colegiado coordenado pelo Ministro Hamilton Carvalhido, contando como relator-geral o Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira¹.

2. O arquivamento, objeto de nosso ensaio, vem regulado no Livro I, Título II, Capítulo III, Seção VII (art. 37 a art. 40). A “Exposição de Motivos” do Projeto ressalta, com inteira propriedade, a incompatibilidade existente entre os modelos normativos do atual CPP e da Constituição Federal de 1988. Tal estado de coisas motivou os sucessivos remendos que o vetusto Código dos anos 40 vem passando de molde ajustá-lo à Lei Maior, acabando por transformá-lo em verdadeira colcha de retalhos, dada a manifesta, inquestionável e visceral incompatibilidade entre os dois textos. Tudo isso em razão das diversas reformas setoriais que ocorreram em

¹ Compunham a Comissão Mista de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de CPP, além do Ministro Hamilton Carvalhido e do Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, os Drs. Antônio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

nossa lei instrumental penal nos últimos anos. Com efeito, com a adoção do princípio acusatório, vedando a atividade do juiz na fase de investigação, o Projeto nada mais fez que preservar, ao máximo, a isenção do magistrado. Não se concebe, assim, na fase do inquérito policial, em um sistema dito acusatório, dispositivos como os arts. 5º, II, proêmio, 10 § 1º e 13, II, primeira parte, aqui mencionados de forma meramente exemplificativa.

Nesse passo, o Ministério Público do Rio de Janeiro foi pioneiro ao criar as “Centrais de Inquérito”, tão logo entrou em vigor a nova Carta Magna, reservando-se ao juiz a prática de atos essencialmente jurisdicionais, tais como as cautelares pessoais e reais, o recebimento da denúncia ou a intervenção para fazer cessar qualquer ilegalidade, ao afastar, dessa maneira, o magistrado da prática de atos de investigação na fase pré-processual. Juiz, como tantas vezes já escrevi, julga e quem julga não deve investigar. É isto o que faz o Projeto ao determinar que a persecução penal, nesta fase, não guarda qualquer vínculo com a atividade jurisdicional. Nesse ponto, a “Exposição de Motivos” do Projeto revela-se peremptória ao afirmar que “não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão de acusação pelo juiz do processo” (item II).

3. Coerente com o perfil acusatório, segundo o qual a investigação não se dirige ao Judiciário, escapando, por isso mesmo, ao controle judicial, ressalvados, repita-se até a náusea, os casos em que o ato a ser praticado reveste-se de caráter *essencialmente jurisdicional*, o arquivamento deixou de sofrer controle por parte do juiz, ao contrário do que ocorre com o defeituoso e pouco técnico art. 28 do Código em vigor. O mando do arquivamento ou das peças de informação, agora, passará a ser exercido no âmbito exclusivo do *Parquet*. É certo que, sempre, haverá a possibilidade de controle externo por parte da vítima, que passa a ter legitimidade para questionar sobre o acerto da medida, providência, sem dúvida, salutar. Resta de pé, como não poderia deixar de ocorrer, a ação penal subsidiária, de iniciativa privada, que encontra matiz constitucional (art. 5º, LIX), mas que só terá aplicação, como se impõe, nos casos de inércia do órgão do Ministério Público. Em

ocorrendo a omissão do *Parquet*, a vítima adquire legitimidade extraordinária para agir. Caso tal não se dê, isto é, se o Ministério Público, no prazo legal, vier a determinar o arquivamento, a titularidade deve permanecer em suas mãos, pois que o órgão da acusação, legitimado ordinário para o exercício da ação penal pública, formou um juízo negativo sobre a acusação.

São, pois, duas situações processuais diversas. Na última hipótese não houve omissão do *Parquet*, mas um *non facere*.

Nesse passo, faz-se mister destacar que o Projeto, em muito, se aproxima do “Anteprojeto Grinover”, voltado para a Investigação Policial².

4. O art. 37, que abre a Seção VII, do Capítulo III, do Título II, do Livro I, do CPP, que se ocupa do Inquérito Policial, coerentemente com tudo aquilo que restou afirmado, estabelece que compete ao Ministério Público *determinar* o arquivamento do inquérito policial, em primeiro lugar, caso haja “insuficiência de elementos de convicção”. Em tal ocorrência, o texto, quero crer, está a referir-se à falta de suporte probatório mínimo a exigir o arquivamento. É modalidade de arquivamento que poderá ser revista desde que surjam novos elementos informativos que venham a constituir “prova nova”. No momento, impõe-se fazer uma distinção: o art. 39 permite que a mera notícia de outros elementos de informação venha a ensejar diligências por parte da autoridade policial, agindo de ofício ou mediante requisição do Ministério Público. Isto ainda não consubstancia o desarquivamento. Para que o inquérito policial venha a ser desarquivado, torna-se necessário que ocorra mudança *substancial* em relação ao que antes fora apurado. Nesse ponto encontra ainda plena aplicação a Súmula de nº 524 do STF, no que respeita à parte em comento, dela escoimando-se, naturalmente, aquilo que não mais pode ter lugar de acordo com o Projeto.

Prova nova, como sabido, é aquela que era desconhecida até então ou que, embora conhecida, por razões diversas, não pode ser

² Caso haja interesse, consulte-se meu ensaio sobre o *thema* na *Revista Jurídica*, da “Escola Superior do Ministério Público de São Paulo”, Ano I, nº 1 (Jan-Jun de 2001), p.103 e seguintes.

produzida no momento oportuno. Mas não é só; pode ocorrer que haja mera reviravolta na prova até então colhida. Explico-me de forma mais nítida: uma testemunha, por exemplo, muda, por completo, seu depoimento, incriminando o investigado, ou ainda surgem evidências de que o arquivamento decorreu de uma falsa perícia.

Na ocasião, impõe-se esclarecer que o vocábulo prova está aqui sendo empregado em sentido pouco técnico, obediente aos dizeres da Súmula de nº 524 do STF. Na verdade, na fase pré-processual não há falar em prova, mas apenas na colheita de dados. Prova é aquela produzida em juízo com as garantias asseguradas pela Constituição. Mesmo as “provas” ditas irrepetíveis são ou poderão ser discutidas, sempre em juízo, por ocasião do processo, acarretando sua reapreciação. É a chamada prova diferida.

Há moderna corrente doutrinária que identifica a “justa causa” com a falta de suporte fático para que a acusação seja formulada, motivando o arquivamento. Para mim, trata-se de mera superfetação no trato das condições da ação, pois justa causa nada mais é que um conceito válvula, abrangente de todas as hipóteses cuja falta pode motivar a carência de ação³.

5. Além da falta de suporte fático, podem motivar o arquivamento “outras razões de direito”. Que razões dariam azo para a rejeição da inicial?

Valho-me, agora, do art. 253, onde o Projeto indica as causas que motivam o indeferimento liminar da peça acusatória.

6. Resta examinar, então, quais seriam as “outras razões de direito” que ensejariam o arquivamento (art. 37).

A primeira motivação volta-se para a “falta de interesse por superveniência provável de prescrição” (art. 253, II). Nos casos de ação penal pública o interesse de agir do Ministério Público é presumido (art. 129, I da CF) em razão do princípio da legalidade⁴. No caso concreto em que se torne inviável a aplicação da lei penal

³ Remetemos o leitor, ainda uma vez mais, ao trabalho referido em o nº 2 destas notas, p. 103 e seguintes.

⁴ Veja-se sobre o assunto meu estudo “Breves anotações sobre o interesse de agir no processo penal”, in *Lições de Direito*, p. 213 e seguintes, UniverCidade Editora, Rio de Janeiro, 2005.

pela *provável* superveniência da prescrição, há, no meu entendimento, certa mitigação da obrigatoriedade, pois, no momento em que a ação penal seria proposta, a extinção da punibilidade ainda não havia ocorrido. É preciso, no entanto, que haja *probabilidade* da ocorrência da prescrição, devendo, em caso de dúvida, ser ajuizada a ação. A mera possibilidade da ocorrência da prescrição não é motivo para o arquivamento. O art. 37 faz referência a circunstâncias objetivas e subjetivas que irão orientar a fixação da pena. Volta-se, segundo entendo, ao tipo penal violado, à ocorrência de prováveis atenuantes, às causas que irão acarretar a diminuição da pena, aos antecedentes e à primariedade ou não do investigado, tudo a indicar que a eventual pena em concreto, se aplicada, levará, fatalmente, à extinção da punibilidade do fato. Não se trata, pois, de um mero exercício de futurologia, mas sim de uma cuidadosa análise de uma série de fatores que irão conduzir ao arquivamento.

A prescrição antecipada sempre sofreu severas críticas, quer da doutrina, quer da jurisprudência, não podendo o juiz sobre ela se manifestar antes da sentença por mera adoção do princípio retroativo. Tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo não a admitiam⁵.

Agora, no entanto, passará a ser lei, rendendo ensejo ao arquivamento. O objetivo do Projeto, quero crer, foi o de desafogar o foro de incontável número de feitos que nasciam fadados ao insucesso pela ocorrência provável da prescrição.

Faz-se necessário, repito, que ocorra a *probabilidade* da prescrição e não a mera possibilidade de sua superveniência.

Caso a ação penal venha a ser proposta em tais circunstâncias, caberá ao juiz indeferir a peça acusatória liminarmente (art. 253, II).

Requer-se, em tal modalidade de arquivamento, especial cuidado da parte do Ministério Público e do Magistrado, cada um a

⁵ No sentido de que não pode o tribunal declarar extinta a punibilidade pela aplicação do princípio retroativo, nem o juiz antes da sentença pela prescrição antecipada, veja-se farta jurisprudência, incluindo-se a do STJ RHC 2.926, 6ª Turma, D.J.U. 28.2.94, p. 2.916, e a do STF, RT, 639/389, *in Código Penal Comentado*, Jesus, Damásio E., p. 359, Editora Saraiva, 2002, 13ª edição.

seu tempo, na aplicação da regra do art. 253, II do CPP, evitando-se abusos que possam advir, ao malferir o princípio da obrigatoriedade, gerando a impunidade.

Observe-se, por fim, que na consolidação dos enunciados das Assessorias da Procuradoria-Geral da Justiça - RJ e dos Centros de Apoio Operacional, na parte relativa aos enunciados da Assessoria Criminal, já consta o de nº 4, com o seguinte verbete:

“É admissível o arquivamento do inquérito policial com base na falta do interesse de agir, na hipótese de prescrição pela pena ideal ou prescrição antecipada”.

Portanto, o Ministério Público do Rio de Janeiro já se opôs de acordo com os termos do Projeto.

7. Mas há outras razões de direito que motivam o arquivamento além da falta de interesse na ação penal pela provável superveniência da prescrição. Tal se dá quando ausentes, em exame liminar, quaisquer das condições da ação ou ainda dos pressupostos processuais (art. 253, III).

O conceito de condição da ação ou de pressuposto processual é auferido na doutrina. O código dos anos 40 deu preferência a uma definição concreta das causas de rejeição da inicial de acusação (art. 43). Assim elas se dariam quando o fato narrado evidentemente não constituísse crime (*rectius*, infração penal) (I), quando já estivesse extinta a punibilidade (II) ou quando fosse manifesta a ilegitimidade de parte (ativa ou passiva) (III). Em tais hipóteses haveria carência de ação, por falta de condição genérica. Ao lado delas, havia as chamadas condições de procedibilidade, também motivadoras do indeferimento da inicial (art. 43, III, parte final, do CPP). Estas, porém, reversíveis quanto aos seus efeitos. Agora, a petição inicial também merecerá rejeição quando, ***prima facie***, verifica-se a falta de pressuposto processual. No regime anterior, de acordo com o sistema adotado, a falta de pressuposto processual acarretava a nulidade do processo (art. 564), não impedindo, necessariamente, pois, a renovação do feito criminal, conforme o caso.

Cumpra observar, no entanto, que nem sempre a falta de um pressuposto processual é motivo para que a exordial de acusação venha a ser rejeitada. É o caso típico da incompetência; em ocorrendo essa situação processual, caberá ao juiz remeter o feito ao juiz que entender competente, dando margem a que este, caso não aceite a sua competência, suscite o conflito negativo respectivo (art. 123 a art. 127).

Pode ocorrer, ainda, que, antes do oferecimento da denúncia, tenha lugar o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público (art. 35, III). Caso tal situação venha a ter lugar, a decisão se dará no âmbito do *Parquet* e, até que a atribuição venha a ser definida, a ação penal não poderá ser proposta. Entre nós (MPRJ), compete ao Procurador-Geral de Justiça dirimir os conflitos de atribuições, determinando o órgão do MP que deva officiar no feito (art. 11, XVI, da Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003 - LOMPERJ).

É preciso ter em conta que a atribuição é pressuposto processual de validade da instância, sendo, pois, louvável que o Projeto dela se tenha ocupado, tratando-a como matéria processual, como sempre defendemos de longa data⁶, ao deixar de relegá-la às diversas leis orgânicas do *Parquet*⁷.

8. Quando do arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público sofrerá, como é salutar, controle externo em relação à sua decisão. Assim, ficará obrigado a comunicar à vítima ou a seu representante legal a notícia do arquivamento. Em relação à vítima, constitui direito seu “ser comunicada do eventual arquivamento

⁶ Cf. “Reflexos da falta de atribuição na instância penal”, separata da *Revista Forense*, volume 269, estudo doutrinário em que examinei, ainda na década de 70, a natureza jurídica da atribuição e o conceito de “Promotor Legal”.

⁷ Já assinalamos, faz muito: “Matéria de índole tipicamente processual, é estranhável que o nosso Código dela não se tenha ocupado, ficando o tema relegado para leis orgânicas estaduais de regulamentação da atividade do Ministério Público, pois os reflexos da decisão do conflito de atribuições, como será visto, nem sempre se encerram na esfera puramente administrativa mas podem interferir com a competência dos juízes, criando uma zona cinzenta que está a exigir tratamento processual adequado”. “Apontamentos sobre o conflito de atribuições”, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 03, 1976, p. 43 e seguintes.

da investigação para efeito do disposto no art. 38, parágrafo primeiro” (art. 89, inciso V, letra “c”).

É que a vítima ou seu representante legal, caso não venha a por-se de acordo com o arquivamento, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme venha a dispor a respectiva lei orgânica. Trata-se de prazo processual, aplicando-se, pois, a regra do “*dies a quo non computatur*”, contando-se, porém, o do vencimento. Cogita-se de um recurso hierárquico para a instância de revisão do próprio Ministério Público.

A vítima tem interesse moral e, eventualmente, material em recorrer, pois poderá vir a intervir como assistente (art. 75 a art. 78) e mesmo como parte civil (art. 79 a art. 82) caso a ação penal venha a ser proposta. Elogiável, sem dúvida, o eventual controle externo que a vítima possa exercer, afastando o juiz de qualquer ingerência na fase pré-processual.

9. O investigado, da mesma forma, será comunicado da providência. Houve, talvez, cuidado em excesso na determinação do art. 38, uma vez que tal comunicação só deveria ter lugar caso o investigado já estivesse na condição jurídica de “indiciado” (art. 31). É certo que o investigado pode, em princípio, ter interesse futuro em ver processado o acusador que, agindo de má-fe, deu causa à investigação, praticando, assim, os crimes contra a administração da justiça cogitados nos arts. 339 e 340 do CP. Daí a compreensível providência do legislador.

10. A autoridade policial, da mesma forma, será comunicada, pois subsiste para ela o dever jurídico de investigar, caso surjam “outros elementos informativos” (art. 39), ainda que não venha a lograr êxito na empreitada.

Em tal medida não se cogita, evidentemente, de controle externo de arquivamento, que se efetiva, como visto, pela intervenção da vítima. Trata-se, apenas, de mera informação, voltada para a autoridade policial, tendo em conta eventuais e futuras investigações que possam vir a ser efetuadas pela polícia na hipótese do aparecimento de novos dados, pois, é bom assinalar, que ela pode, em tal circunstância, agir de ofício (art. 39).

11. Outra forma de controle externo de arquivamento vem destacada no art. 38, parágrafo segundo. Tal ocorre nos crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quando vítimas de crime. A revisão do arquivamento do inquérito policial naquelas infrações penais poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Anote-se, aqui, que o controle externo é mais amplo do que aquele exercido pela vítima comum. Esta tem o prazo de 30 (trinta) dias para submeter a matéria à revisão da instância superior do Ministério Público (art. 38, § 1º); já na hipótese prevista no parágrafo segundo do art. 38 a lei não especificou prazo para a revisão, podendo, assim, ser ela pedida enquanto a punibilidade não estiver extinta.

Observe-se que o prazo de 30 (trinta) dias não consta do *caput* do art. 38, mas apenas do seu parágrafo primeiro, não vinculando, em consequência, o parágrafo segundo do artigo em questão. A lei protege, destarte, de forma mais ampla, o Poder Público.

12. Qual órgão do Ministério Público oficiará como instância de revisão?

O Projeto não especifica, no âmbito do Ministério Público, o órgão dotado de atribuição para decidir a respeito do arquivamento impugnado. Relega, apenas, à “instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica”. (art. 38, parágrafo primeiro).

Averbe-se, por importante, que mesmo que não ocorra provocação da vítima (casos dos parágrafos primeiro e segundo), caberá ao órgão do Ministério Público que determinou o arquivamento comunicar sua decisão à instância de revisão do próprio *Parquet*, “na forma da lei” (art. 38). O parágrafo primeiro do art. 38 foi, nesse passo, mais explícito ao dizer “conforme dispuser a respectiva lei orgânica”.

A Lei Orgânica do *Parquet* fluminense estabelece que compete ao Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para “oferecer denúncia” nas hipóteses de “não confirmação de arquivamento de inquérito policial”, “bem como de

quaisquer peças de informação” (art. 11, XIII, “a” da L.C. 106, de 03-01-2003). Nada impede, evidentemente, que o próprio chefe da Instituição venha a propor a ação penal. Porém, é inusual que assim proceda. Obraria melhor nossa Lei Orgânica caso houvesse usado o verbo delegar ao invés de designar, pois, em razão do princípio da autonomia funcional, o caso é de delegação.

O Código dos anos 40 dispunha, no art. 28, que, ao Procurador-Geral incumbia dar a última palavra sobre o arquivamento, *quando provocado pelo juiz*. O controle da observância do princípio da obrigatoriedade era, assim, exercido pelo magistrado, providência incompatível com sistema acusatório e o com princípio da inércia.

Nada impedia que o próprio Projeto tivesse indicado o órgão dotado de atribuição para a providência revisional. Ao revés, preferiu deixar a medida ao órgão ministerial, “conforme dispuser a respectiva lei orgânica” (art. 38, parágrafo primeiro).

Observe-se, outrossim, que, de qualquer forma, haverá a possibilidade de revisão, seja ela provocada pela vítima, seja ela comunicada pelo próprio órgão do Ministério Público que promoveu o arquivamento, tornando, assim, mais amplo o controle do princípio da legalidade.

O anteprojeto Grinover, elaborado por expressivo número de juristas, presidido pela professora Ada Pellegrini Grinover⁸, fazia referência ao “órgão superior do Ministério Público” como sendo o competente para homologar ou rejeitar a promoção de arquivamento, mediante deliberação.

Da mesma forma, não especificava qual seria o órgão superior do Ministério Público que gozaria de atribuição para aquela medida. Como não fazia referência à Lei Orgânica respectiva, dava ensejo a que a revisão pudesse ser levada a efeito pelo Conselho Superior do Ministério Público, pelo Colégio de Procuradores de Justiça (ou, onde houver, pelo seu Órgão Especial), pelo próprio

⁸ Integravam a referida Comissão, além da professora Ada Pellegrini Grinover, os professores Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rogério Lauria Tucci, Sidnei Beneti, René Ariel Dotti e Rui Stocco.

Procurador-Geral ou por um colegiado dotado de atribuição específica para funcionar como órgão revisional, sendo esta última a providência a que me parecia mais adequada⁹. Nesta última hipótese seriam criadas tantas câmaras de revisão quantas se fizessem necessárias para atender à demanda de arquivamentos. Tais colegiados seriam integrados por 3 (três) Procuradores de Justiça, cabendo ao mais antigo na classe a sua presidência. A deliberação se daria por maioria de votos. Estou, aqui, a referir-me ao *Parquet* estadual, e, de modo especial, ao do nosso Estado (RJ).

13. Nos casos de atribuição originária, a revisão ou a homologação do arquivamento ficará a cargo do Colégio de Procuradores de Justiça, nos termos do art. 12, XI da Lei 8.625, de 12-II-1993 (LONMP), ou do seu Órgão Especial, onde se fizer presente. No caso, caberá à vítima dirigir o recurso de revisão para este último Colegiado.

14. Os atos de controle externo, em si, são valiosos, se bem usados. Mas impõe-se o cuidado para que não se transformem em manifestação de vingança ou em perseguição imotivada, criando-se a partir daí um indevido contraditório na fase de pura investigação.

Outro aspecto a ser considerado consiste no fato de que a vítima (quando particular) terá que constituir advogado para confrontar o arquivamento, mesmo que ele esteja fundado somente em matéria de fato. Caso a medida encontre base unicamente em questão de direito, não resta a menor dúvida que, *a fortiori*, a assistência jurídica para a vítima torna-se indispensável, pois o recurso terá, em qualquer caso, que ser fundamentado. Da mesma forma que o arquivamento, necessariamente, exige-se do advogado o enfrentamento das razões apresentadas pelo Ministério Público para não promover o ajuizamento da ação penal. Caso contrário, não haveria a paridade de armas no exame do tema a ser apreciado, restando a vítima desprotegida. Quando o arquivamento se der nos crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, portanto vítimas da

⁹ *Apud op. cit. in nº 02*, destas notas, p.103 e seguintes.

infração penal praticada, as razões serão apresentadas por sua representação judicial.

15. O investigado poderá recorrer contra o arquivamento?

A lei manda que ele seja cientificado da medida (art. 38). Porém, ao cogitar dos recursos possíveis que submetem a matéria à revisão da instância competente, ocupa-se somente da vítima (art. 38, parágrafos primeiro e segundo). Houve da parte do legislador um silêncio eloquente, partindo do princípio de que o investigado não sucumbiu, embora, em tese, houvesse interesse seu na reforma dos fundamentos legais que motivaram o arquivamento. Portanto, incabível qualquer reação sua contra a providência.

Resta de pé a indagação: qual motivo justifica a comunicação a que alude o art. 38?

Quero crer que ela encontra sua razão de ser no art. 40, embora a incumbência das providências ali indicadas esteja afetada ao Ministério Público. Seria uma forma de o investigado tomar conhecimento se todas aquelas providências acauteladoras e administrativas foram tomadas. Há, também, o aspecto moral, pois o mesmo Estado, que iniciou a investigação, está agora comunicando ao mero investigado, mesmo que não tenha chegado sequer a ser indiciado, que não encontrou elementos para ajuizar a ação penal. Outras razões estão indicadas ao final do item 9, *supra*. Com mais razão, o indiciado, igualmente, será cientificado destas últimas medidas.

16. O art. 39 não traz qualquer novidade. Todo o arquivamento é, de comum, provisório. Desde que haja notícia de outros elementos informativos, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, agindo de ofício ou mediante requisição do próprio Ministério Público. Tais diligências, caso revelem *fato novo* capaz de alterar *substancialmente* os elementos de informação que constavam do inquérito arquivado, poderão dar azo ao ajuizamento da ação penal. Somente não serão cabíveis novas diligências caso, *evidentemente*, haja ocorrido a extinção da punibilidade do fato. A regra do art. 39 já constava do Código de 41 (art. 18), embora a atual, do Projeto, seja, do ponto de vista técnico, mais completa.

17. Encerra a Seção VII, do Capítulo III, do Título II, do Livro I do Projeto, o art. 40, voltado para providências de natureza administrativa que devem ser tomadas, uma vez ultimado o arquivamento. Tal se dá nas investigações em que o juiz das garantias é chamado a intervir (art. 15). A primeira delas refere-se ao arquivamento propriamente dito (art. 35, IV c/c 15 e 40), ao passo que a segunda terá lugar quando o órgão do Ministério Público declinar de sua atribuição (art. 35, III c/c 15 e 40) para officiar na causa. Em ocorrendo uma daquelas hipóteses, o juiz das garantias será comunicado pelo Ministério Público “para baixa dos procedimentos e respectivos registros na instância judiciária.”

O juiz das garantias constitui uma novidade do Projeto. Segundo explicita a “Exposição de Motivos”, “será (ele) o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra assentada no texto constitucional exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais” (item III). Através dele será possível manter o distanciamento do juiz do processo que irá decidir o mérito. Parece-me que tais funções já são exercidas, na atualidade, pelo chamado juiz de plantão, que, apenas, poderia ter suas atribuições ampliadas, se necessário. Demais disso, vislumbro dificuldades para a sua criação nas pequenas comarcas. Pode ser que esteja equivocado e que a medida venha a render bons frutos. É o que todos desejamos.


De qualquer maneira, o Ministério Público deverá comunicar-lhe não somente o arquivamento do inquérito respectivo, bem como a ocorrência da declinatória de atribuição por parte do órgão do *Parquet* atuante no feito (que, em princípio, poderá acarretar uma série de desdobramentos futuros), para efeito das anotações e controle indicados ao final do art. 40.

Assim, como o juiz das garantias deverá ser informado da abertura do inquérito policial (art. 15, IV), ele, da mesma forma, terá que ter ciência do seu encerramento ou de eventuais providências que possam a vir a refletir no seu acompanhamento (art. 40).

É certo que algumas das medidas a que se refere o art. 15 “arranham”, de certa forma, o sistema acusatório. Não estou a referir-me às cautelares típicas, mas a outras iniciativas que poderiam e deveriam ser providenciadas pelo próprio Ministério Público, como, v.g., aquela indicada no art. 15, X.

18. Pode-se afirmar que o Projeto, no seu todo, em matéria de arquivamento, resguarda o sistema acusatório, o que, sem dúvida, é louvável. Aproxima-se, nesse passo, do anteprojeto sobre a investigação policial concebido pela “Comissão de Reforma do Código de Processo Penal” (“Anteprojeto Grinover”)¹⁰. Bem se concebe que a via adotada pelo Projeto vem ao encontro de tudo o que tenho sustentado nos últimos anos, particularmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no sentido do princípio acusatório. Após incontáveis vaivéns, vejo que o Projeto, por fim, conforta aquela tese, pelo menos em sede de arquivamento.

Dessa maneira, o controle do arquivamento se dará, integralmente, no âmbito do Ministério Público. Porém, como é próprio de um regime democrático, assegura-se à vítima e ao suspeito (investigado ou indiciado) uma participação maior na fase investigatória. Trata-se de modalidade de controle externo por parte dos sujeitos da relação de direito material até então não experimentada em nossa legislação processual.

Outro ponto relevante do Projeto reside na referência expressa feita à atribuição do Ministério Público (art. 35, III) até então relegada às diversas leis orgânicas do *Parquet*. Desde o momento em que o juiz ficará afastado do arquivamento, a menção à atribuição, agora prevista na lei processual, torna-se inafastável, pois que aquela medida se exaure no campo exclusivo do Ministério Público. 

¹⁰ Pedimos licença, novamente, para remeter o leitor ao nosso estudo referido no item 02 destas notas de rodapé.